# 高雄高等行政法院判決

高等行政訴訟庭第一庭
111年度原訴字第3號
民國112年12月13日辯論終結

原　　告　何蔡玉江
訴訟代理人　顧定軒　律師
被　　告　臺東縣太麻里鄉公所

代　表　人　王重仁
訴訟代理人　盧亭榕

上列當事人間原住民保留地事件，原告不服臺東縣政府中華民國111年5月6日第111002號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

一、原告之訴駁回。

二、訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、程序事項：

原告起訴狀時，訴之聲明原為：「1.先位聲明：(1)訴願決定撤銷。(2)被告應做成如附圖一所示之臺東縣太麻里金富段164地號土地（重測前金崙段352地號，下稱系爭土地），由原告無償取得之行政處分。2.備位聲明：(1)訴願決定撤銷。(2)被告應做成核定如附圖二所示之系爭土地，分配予原告之行政處分。」嗣於審理程序中，變更聲明為：「1.先位聲明：⑴訴願決定及原處分A（即被告111年9月26日東麻鄉原社字第000000000000號函）均撤銷。⑵被告應將原告所提111年1月6日無償取得如附圖一（本院卷第23頁）所示系爭土地之申請，送交被告設置之原住民保留地土地權利審查委員會審查。2.備位聲明：⑴訴願決定及原處分B（即被告111年9月26日東麻鄉原社字第0000000000號函）均撤銷。⑵被告應將原告所提111年1月7日公告分配如附圖二（本院卷

第25頁）所示系爭土地之申請，送交被告設置之原住民保留地土地權利審查委員會審查。」核其變更前後之請求基礎事實與法律關係不變，無礙於被告防禦權之行使，且被告無異議而為本案之言詞辯論，所為訴之變更，合於行政訴訟法第111條第2項、第3項第2款規定，應予准許。

二、爭訟概要:

緣原告為原住民，於111年1月6日，以其於原住民保留地開發管理辦法（下稱原開辦法）施行前即使用迄今為由，依原開辦法第17條第1項第1款規定，以書面向被告申請無償取得屬國有原住民保留地之系爭土地所有權；復於同年1月7日，以其使用迄今而與系爭土地具有傳統淵源關係為由，依原開辦法第20條第1項第1款規定，以書面向被告申請公告分配系爭土地。因被告就上述申請遲未作成決定，原告於111年3月14日以被告逾法定期間應作為而不作為，提起訴願，經訴願決定不受理，原告不服，遂提起本件行政訴訟。嗣於訴訟審理中，被告於111年9月26日作成原處分A駁回無償取得之申請，同日作成原處分B駁回公告分配之申請。

三、原告起訴主張及聲明：

㈠主張要旨：

1.先位之訴部分

⑴原告係排灣族原住民，自民國40年間起，即開始在系爭土地耕作，由原告及兒子何代順耕作使用迄今已數十餘年，合於原開辦法第17條第1項第1款規定，自得申請無償取得。雖依原始清冊記載內容及被告110年11月2日東麻鄉原社字第0000000000號函復意旨，謂69年間之現況使用人為陳玉花，84年現況使用人為原告及臺東縣立賓茂國民中學（下稱賓茂國中），此因原告最早時先向陳玉花承租，後來才經陳玉花轉讓而取得系爭土地之權利，確實早在79年3月26日原開辦法施行前即實際使用系爭土地迄今。

⑵系爭土地縱因公共用途而需撥用，依原開辦法第23條規定，需為「造產」或「指定之特定用途」，且須提經原住民保留

地土地權利審查委員會（下稱土審會）擬具審查意見，並報請上級主管機關核定，始得辦理撥用，然系爭土地並未踐行經土審會審查通過而報請原民會核定辦理撥用之程序。況依原開辦法第14條之1，國家因預防災害之公益需要而使用原住民保留地，亦有一定使用期間之限制

⑶被告雖一再主張系爭土地之管理機關為賓茂國中，非屬原住民族委員會（下稱原民會）經管之原住民保留地，就不申請無償取得，並無任何法律依據，況系爭土地並非全部由賓茂國中實際占有管理。

⑷系爭土地於110年9月間，即對外招標「110年○○縣○○○鄉○○村觀光市集空間改善工程」，並開始施作工程。原告預防被告就原告之申請案，僅作成公告分配之決定，而非無償取得，為一次達成爭訟目的，自得提起具備「預防性不作為訴訟」性質之本件行政訴訟。

2.備位之訴部分

倘被告認不符合原開辦法第17條第1項第1款規定無償取得之要件，因原告曾於83年5月24日向臺東縣政府提出陳情書請求歸還系爭土地，且有使用系爭土地之事實，為具有傳統淵源關係之人，合於原開辦法第20條第1項第1款規定，自得依該規定申請公告分配。

㈡聲明：如上述「程序事項」所載之變更後先位聲明、備位聲明。

四、被告答辯及聲明：

㈠答辯要旨：

1.依原開辦法第17條第1項申請原住民保留地無償取得或依同辦法第20條第1項規定申請公告分配，均須以原民會經管之原住民保留地為限。如登記管理機關非原民會，原民會或被告即無權處理，此為原住民保留地業務之一般常識。況原民會制定之【03】地方政府辦理原住民保留地公告分配之流程說明，亦載明於審查階段，鄉公所簽辦時應注意事項：㈠土地為原住民族委員會經管之公有原住民保留地。原民會112

年4月14日原民土字第0000000000號函（下稱112年4月14日函）亦闡述甚詳。系爭土地雖註記為原住民保留地，惟早已撥用由賓茂國中使用，作為學校用地，管理機關登記為賓茂國中，非原民會，被告無權辦理無償取得或公告分配。

2.原開辦法第10條第1項規定，得申請無償取得之原住民保留地，應受區域計畫法等相關規定之限制。系爭土地已撥用給賓茂國中作學校用地，屬區域計畫法施行細則第13條第1項第19點規定之特定目的事業用地，自非屬得申請無償取得之原民地。

3.依110年10月29日賓茂國中召開之協調會決議，應依地籍測量實施規則第205條規定，就原告使用部分辦理土地分割後，由被告依法收回後，才能按原開辦法第20條第1項規定辦理公告分配事宜。

㈡聲明：原告之訴駁回。

五、本案爭點：

系爭土地倘已完成撥用程序，原告得否依原開辦法第17條第1項第1款或第20條第1項第1款規定申請無償取得或公告分配？

六、本院的判斷：

㈠前提事實

如爭訟概要欄所載之事實，業經兩造分別陳述在卷，並有原告提出之地籍圖謄本(第23頁)、土地謄本(第27頁)、111年1月6日無償取得之申請書(第51頁)、111年1月7日公告分配之申請書（第55頁）、訴願決定書（第61頁）、駁回無償取得申請之原處分A（第165頁）、駁回公告分配之原處分B（第167頁）附本院卷為證，應可信為真實。

㈡應適用的法令：

1.原開辦法：

⑴第17條第1項第1款、第2項：「（第1項）原住民符合下列資格條件之一者，得申請無償取得原住民保留地所有權：一、原住民於本辦法施行前使用迄今之原住民保留地。……。

（第2項）前項申請案由鄉（鎮、市、區）公所提經原住民保留地土地權利審查委員會擬具審查意見，並公告30日，期滿無人異議，報請直轄市、縣（市）主管機關核定後，向土地所在地登記機關辦理所有權移轉登記。」

⑵第20條第1項第1款：「（第1項）鄉（鎮、市、區）公所就轄內依法收回或尚未分配之原住民保留地，得擬具分配計畫提經原住民保留地土地權利審查委員會擬具審查意見，並公告30日後，受理申請分配，並按下列順序辦理分配與轄區內之原住民：一、原受配原住民保留地面積未達第10條最高限額，且與該土地具有傳統淵源關係。……。」

⑶第23條：「（第1項）政府因公共造產或指定之特定用途需用公有原住民保留地時，得由需地機關擬訂用地計畫，申請該管鄉（鎮、市、區）公所提經原住民保留地土地權利審查委員會擬具審查意見並報請上級主管機關核定後，辦理撥用。但公共造產用地，以轄有原住民保留地之鄉（鎮、市、區）公所需用者為限；農業試驗實習用地，以農業試驗實習機關或學校需用者為限。（第2項）前項原住民保留地經辦理撥用後，有國有財產法第39條各款情事之一者，中央主管機關應即通知財政部國有財產局層報行政院撤銷撥用。原住民保留地撤銷撥用後，應移交中央主管機關接管。」

2.臺灣省山地保留地管理辦法第13條（80年4月10日廢止）：「各級政府在山地鄉所設各機關學校需用建築、公共造產、農業試驗實習及交通、水利等用地時，得經該管鄉公所層報民政廳核准無償使用後，依法層報行政院核准撥用山地保留地。但公共造產用地以山地鄉公所為限；農業試驗實習用地以農業試驗機關及山地各級學校為限。」

3.國有財產法第38條：「（第1項）非公用財產類之不動產，各級政府機關為公務或公共所需，得申請撥用。但有左列情形之一者，不得辦理撥用：一、位於繁盛地區，依申請撥用之目的，非有特別需要者。二、擬作為宿舍用途者。三、不合區域計畫或都市計畫土地使用分區規定者。（第2項）前

項撥用，應由申請撥用機關檢具使用計畫及圖說，報經其上級機關核明屬實，並徵得財政部國有財產局同意後，層報行政院核定之。」

㈢按原民員會訂定「原住民保留地相關業務標準作業程序」之二、【01】地方政府辦理原住民申請無償取得原住民保留地所有權之標準作業程序及【03】地方政府辦理原住民保留地公告分配之標準作業程序，鄉公所受理原開辦法第17條、第20條規定之申請案，經審查結果，認不符合法定要件而無須補正者，得逕予駁回。鄉公所作成之否准函，係對外直接發生否准效果之單方行政行為，具行政處分性質。又原開辦法第17條第1項、第20條第1項規定無償取得、公告分配之公法上請求權，對於鄉公所，僅得請求為「提經」、「公告」、「報請」之事實行為，而無從請求作成核定辦理移轉登記之行政處分（原開辦法第17條部分，參照112年度高等行政法院法律座談會提案第6號研討結論）。從而，原告除就被告所為否准處分提起撤銷訴訟外，併提起一般給付訴訟請求被告將其申請案送交土審會為審查、公告，核其訴訟類型之選擇尚無不合，先予敘明。

㈣先位之訴部分

1.按原住民保留地係為保障山地人民生計及推行山地行政所保留之國有土地，在由原住民依法取得所有權而成為私有原住民保留地之前，基於國有土地之公用優先原則，各級政府機關為公務或公共所需，得依國有財產法第38條第1項、第2項規定申請撥用。原開辦法第23條第1項亦明定政府因特定用途需用國有原住民保留地時，於提經土審會擬具意見報請上級主管機關核定後，得辦理撥用（80年4月10日廢止之臺灣省山地保留地管理辦法第13條有類似規定）。準此，完成撥用程序之原住民保留地，即轉交由需用機關依一定公共用途為管理使用，在撥用未經撤銷（廢止）以前，不能適用原開辦法第17條第1項規定由私人無償取得土地所有權。此參照原開辦法第23條第2項規定意旨，撥用之原住民保留地嗣後

經適用國有財產法第39條規定撤銷（廢止）撥用後「應移交中央主管機關接管」之反面解釋，則在未經撤銷（廢止）撥用之前，為中央主管機關之原民會即無從接受移交而接管，可知原民會就已撥用之原住民保留地已無管理權限，自不能適用原開辦法相關規定核准由私人無償取得土地所有權。再參諸中央主管機關原民會112年4月14日函釋「依山坡地保育利用條例第37條、原住民保留地開發管理辦法第17條及第20條規定輔導原住民無償取得所有權之土地，須為本會經管之公有原住民保留地。」等語（本院卷第245頁），核其解釋結論與上述說明相符，亦可供參照。

2.經查，系爭土地由需地機關賓茂國中於75年4月14日依臺灣省政府函辦理申請撥用為學校用地，循序經臺灣省政府、內政部層報行政院於75年6月6日發函核准撥用，此有財政部國有財產署南區分署臺東辦事處112年10月12日台財產南東二字第00000000000號函（第351頁）、行政院75年6月6日院台財產二字第75008684號函（353頁）附本院卷為證。又系爭土地之登記管理機關原為臺灣省民政廳，於完成上述撥用程序後，旋於75年7月1日變更登記為臺東縣政府，嗣於101年11月21日接續變更登記為賓茂國中等情，則有○○縣○○里地政事務所112年9月5日太地所登記字第0000000000號函（第307頁）、土地登記簿影本（309-315頁）附本院卷為證。準此，系爭土地於原開辦法施行前之75年間，即完成撥用程序，依法撥用作學校用地，並由當時山地保留地管理機關之臺灣省民政廳變更登記為臺東縣政府，現在則登記為賓茂國中。從而，原告於111年1月6日為本件申請時，系爭土地已完成撥用，其登記管理機關並非原民會，依前述說明，自無原開辦法第17條第1項第1款規定之適用，原告依該規定申請無償撥用，並無理由。

3.又系爭土地於75年間完成撥用，係適用國有財產法第38條、已廢止之臺灣省山地保留地管理辦法第13條等相關規定辦理，當時原開辦法尚未施行，則原告以未踐行原開辦法第23

條第2項「提經土審會擬具審查意見並報請上級主管機關核定」之撥用程序，主張撥用違法云云，亦無可採。

㈤備位之訴部分

1.依前述之同一理由及原民會112年4月14日函釋意旨，得依原開辦法第20條第1項申請公告分配者，仍須以土地登記管理機關為原民會之原住民保留地為限。另依原民員會訂定「原住民保留地相關業務標準作業程序」之二、【03】地方政府辦理原住民保留地公告分配之標準作業程序，其流程說明之鄉公所審查階段，亦載明「簽辦時應注意事項：㈠土地為原住民族委員會經管之公有原住民保留地。」等語，可資參照。準此，原民會就其未經管之原住民保留地，既無管理權限，即無從適用上開規定申請公告分配。

2.經查，原告於111年1月7日申請時，系爭土地早已撥用作學校用地，登記管理機關並非原民會，依前述說明，自無原開辦法第20條第1項第1款規定之適用，原告依該規定申請公告分配，並無理由。

㈥綜上所述，原告之主張，均無可採。原告之申請，不符合原開辦法第17條第1項第1款、第20條第1項第1款規定要件，被告分別以原處分A、原處分B駁回其先位聲明、備位聲明之申請，並無違誤；訴願決定為不受理，理由雖有不同，結論尚屬一致，仍應予以維持。原告訴請被告應依其申請，作成如先位聲明第2項、備位聲明第2項之一定事實行為，亦無理由，均應予駁回。又本件為判決基礎之事證已經明確，兩造其餘攻擊防禦方法及所提訴訟資料經本院斟酌後，核與判決結果不生影響，無一一論述之必要，併予敘明。

七、結論：原告之訴為無理由。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　1　　月　　3　　日

審判長法官　李　協　明

法官　邱　政　強

法官　孫　奇　芳

以上正本係照原本作成。

一、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書（均須按他造人數附繕本）。未表明上訴理由者，逕以裁定駁回。

二、上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書。（行政訴訟法第49條之1第1項）

三、但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人。（同條第3項、第4項）

| 得不委任律師為訴訟代理人之情形 | 所需要件 |
| --- | --- |
| (一)符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人。 | 1.當事人或其代表人、管理人、法定代理人具備法官、檢察官、律師資格或為教育部審定合格之大學或獨立學院公法學教授、副教授。<br>2.稅務行政事件，當事人或其代表人、管理人、法定代理人具備會計師資格。<br>3.專利行政事件，當事人或其代表人、管理人、法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代理人。 |
| (二)非律師具有右列情形之一，經本案之行政法院認為適當者，亦得為訴訟代理人。 | 1.當事人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親具備律師資格者。<br>2.稅務行政事件，具備會計師資格。<br>3.專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人。<br>4.當事人為公法人、中央或地方機關、公法上之非法人團體時，其所屬專任人員辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務。 |
| 是否符合（一）、（二）之情形，而得為強制律師代理之例 | |

外，當事人應於提起上訴或委任時釋明之，並提出（二）所示關係之釋明文書影本及委任書。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　1　　月　　3　　日

書記官　宋鑠瑾